Das zu Spielzwecken gewährte Darlehen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Reinhard Uhle
Referendar in Leipzig

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Leipzig
Buchdruckerei Vogel & Vogel G. m. b. H.
1915

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545814_0015

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Die Aufgabe 9
§ 2. Allgemeines 12
§ 3. Nichtigkeit des zu Spielzwecken gewährten Darlehens wegen Verstoßes gegen die guten Sitten? 16
§ 4. Analoge Anwendung des § 762 BGB. auf Darlehen zu Spielzwecken? 24
§ 5. Einzelne Fälle der Nichtigkeit des zu Spielzwecken gewährten Darlehens wegen Verstoßes gegen die guten Sitten. . . 35
§ 6. Ergebnis 45

Literatur-Verzeichnis.

Bingner, im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 6 S. 4.

Buff, Spiel und Wette. Greifswalder Dissertation. Greifswald 1912.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 6. Auflage. Jena 1913.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts. Tübingen u. Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten. 6. Auflage. Berlin 1900.

— Bürgerliches Recht. 3. Auflage. Halle 1905

Dreysel, Spiel und Wette. Leipziger Dissertation. Borna-Leipzig 1910.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Auflage. Berlin 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 2. Abt.: Recht der Schuldverhältnisse. 9.—11. Auflage. Marburg 1914.

Farnbacher, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 63 S. 508.

Fischer-Henle, Handausg. des BGB. 9. Aufl. München 1909.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB. systematisch dargestellt von G. u. L. 1. Bd. 2. Auflage. Berlin 1903.

Gompertz, Die Behandlung von Spiel und Wette im BGB. Leipziger Dissertation. Leipzig 1903.

Hachenburg, Das Bürgerliche Recht für das Deutsche Reich Vorträge. 2. Auflage. Mannheim 1900.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1903.

Jhering, Geist des römischen Rechts. Leipzig 1884.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

— im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 98 S. 360 ff.

— in Jherings Jahrbüchern. Bd. 16 S. 144.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1903.

Magen, agere in fraudem legis. Breslauer Dissertation. Breslau 1911.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.

Menzel, Spiel und Wette. Marburger Dissertation. Marburg 1901.

Moncke, Spiel und Wette im BGB. Rostocker Dissertation. Rostock 1904.

Neumann, Handausgabe des BGB. 5. Auflage. Berlin 1909.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Auflage. Berlin 1907.

Regelsberger, Pandekten. 1. Bd. Leipzig 1893.

Reichsgerichtsräte, Kommentar der R. zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Auflage. Berlin 1913.
Reiß, Der Einfluß des Spiels auf Darlehen, Auftrag und andere Rechtsgeschäfte. Erlanger Dissertation. München 1909.
Scherer, Kommentar zum BGB. Erlangen 1899.
Schuster, Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutug im deutschen Recht. Wien 1878.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 2. Auflage. Berlin 1904.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
— Kompensation und Aufrechnung. Leipzig 1899.
— in Jherings Jahrbüchern. Bd. 50 S. 166.
Staub, Kommentar zum HGB. 9. Auflage. Berlin 1912.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 7./8. Auflage. München und Berlin 1912.
Wilda, Die Lehre vom Spiel aus dem Deutschen Recht neu begründet in der Zeitschrift für das Deutsche Recht. Bd. 2 S. 133 ff. Leipzig 1839.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd. 9. Auflage. Bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1906.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuchs. Berlin 1896.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung.
Bericht der Reichtagskommission über den Entwurf des BGB. Berlin 1896.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen („RGZ.").
Reichsgerichtsentscheidungen im „Recht".
— in der „Deutschen Juristenzeitung".
— in der „Juristischen Wochenschrift".
Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts („OLGE.").
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

§ 1.

Die Aufgabe.

Von dem „zu Spielzwecken gewährten Darlehen" soll im Folgenden gehandelt werden. — In der Literatur werden oft unter dem Sammelbegriffe des „Spieldarlehens" die verschiedenartigsten, mit dem Spiel zusammenhängenden und doch rechtlich ganz getrennt zu behandelnden Darlehen zusammengefaßt, und es wird hierdurch nur Verwirrung in die an sich schon schwierige Materie hineingetragen. Es soll daher zunächst der Begriff des Darlehens, das zu Spielzwecken gewährt wird, gegenüber anderen mit dem Spiele in Zusammenhang stehenden und hier nicht mit zur Erörterung kommenden Darlehen abgegrenzt werden.

Außer Betracht sollen insbesondere bleiben Darlehen, die nicht zum Zwecke des Spieles, sondern erst nach Beendigung desselben dem verlierenden Teile gewährt werden, damit dieser mit der Darlehensvaluta seinen Verlust zu decken instand gesetzt werde. In diesem Falle wird das Darlehen nicht gegeben, um dem Empfänger das Spiel oder die Fortsetzung desselben zu ermöglichen; vielmehr ist hier schon die Spielschuld entstanden, und der Verlierer entschließt sich freiwillig, nicht mehr beeinflußt von der ihn etwa während des Spieles beherrschenden Spielleidenschaft, sondern eher ernüchtert durch seinen Verlust, seine Spielschuld zu zahlen. Hier dem Darlehnsgeber, beim Fehlen einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, die Darlehnsklage versagen zu wollen, liegt kein Grund, weder eine rechtliche Berechtigung noch ein praktisches Bedürfnis, vor. Denn bei der bestehenden gesellschaftlichen Anschauung über die Spielschuld als eine Ehrenschuld sowie bei den aus dem Nichtbegleichen einer solchen für den Verlierer oft entstehenden gesell-

schaftlichen wie auch beruflichen Nachteilen wird in der Gewährung eines solchen Darlehens regelmäßig keineswegs eine unmoralische, gegen die guten Sitten verstoßende und deshalb nach § 138 BGB. nichtige Handlung zu erblicken sein; vielmehr wird gerade durch sie oft der verlierende Teil vor dem Verluste seiner gesellschaftlichen oder beruflichen Stellung bewahrt bleiben. Es kann daher einer solchen Darlehnshingabe sogar ein hohes sittliches Moment innewohnen. Die Klagbarkeit eines derartigen, zum Zwecke der Bezahlung einer bereits entstandenen Spielschuld gewährten Darlehens ist auch allgemein anerkannt [1]), und es wurden alle in der Kommission dahin gestellten Anträge, daß derartigen Darlehen die Klagbarkeit zu versagen sei, abgelehnt [2]). Damit steht auch nicht in Widerspruch, daß gerade hier im einzelnen Falle die Darlehenshingabe sich oft als wucherische Ausbeutung des in Zahlungsnot Befindlichen und durch die erwähnte gesellschaftliche Anschauung über das Spiel indirekt zur Begleichung seiner Spielschuld Genötigten darstellen und somit nach § 138 Abs. 2 BGB. nichtig sein wird.

Nicht behandelt soll im Folgenden auch werden der Fall, daß eine bereits zur Entstehung gelangte Spielschuld nachträglich in eine Darlehensschuld umgewandelt wird, indem Verlierer und Gewinner miteinander vereinbaren, daß ersterer letzterem die Verlustsumme von nun ab als Darlehen schulden soll. Dieser Fall ist in § 762 Abs. 2 BGB. ausdrücklich geregelt: Die Vorschrift des § 762 Abs. 1 BGB., daß durch Spiel eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, soll auch gelten für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung seiner Spielschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, also auch bei Eingehung einer Darlehensverbindlichkeit. Ein solches Darlehen ist daher rechtlich wie die ihm zugrunde liegende Spielschuld zu behandeln, das heißt es ist nicht klagbar, wohl aber erfüllbar. —

Diesem Falle der nachträglichen Umwandlung einer Spielschuld in eine Darlehensschuld gleich zu behandeln ist die vor erfolgtem Spiele getroffene Vereinbarung, daß

---

[1]) Oertmann zu § 762 Note 4 d, Dernburg § 212 sub. III, Endemann § 187 Anm. 10, Moncke S. 68, Gompertz S. 52.

[2]) Protokolle II S. 796.

etwaige künftige Spielschulden vom Verlierer dem Gewinner als Darlehen geschuldet werden sollen. —

Auch ist nicht mit zu erörtern der Fall, daß ein Darlehen zwar zu Spielzwecken gewährt, zum Spiele aber gar nicht verwendet wird. Es ist hier kein Grund vorhanden, einem solchen Darlehen die Klagbarkeit zu versagen, es ist vielmehr als vollwirksam anzusehen [3]). Es käme hier sogar in dem Falle, daß der Zweck des Darlehens, die Art der Verwendung desselben als mit in den Inhalt des Darlehensvertrags aufgenommen anzusehen wäre, eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB. wegen Nichteintritts des mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges in Betracht.

Endlich ist auch der Fall nicht mit zu behandeln, daß bei der Hingabe eines Darlehens von der Verwendung der Valuta zu Spielzwecken nicht die Rede ist, der Darlehensgeber somit von der nachträglichen Verwendung zu solchem Zwecke nichts weiß. Hier steht der Darlehensvertrag zum Spiele in keiner Beziehung, und es liegt kein praktischer noch rechtlicher Grund vor, die volle Wirksamkeit eines solchen Darlehens anzuzweifeln [4]).

Wir glauben nun unsere Aufgabe genügend gegen ähnlich gelagerte Fälle abgegrenzt zu haben und möchten sie nochmals genauer dahin präzisieren: Behandelt soll werden das, sei es von einem Mitspieler, sei es von einem am Spiele Unbeteiligten, zu Spielzwecken, das heißt zur Ermöglichung oder doch zur Fortsetzung des Spieles, gewährte Darlehen. Und zwar möchten wir das „zu Spielzwecken" nicht allzu eng dahin aufgefaßt wissen, daß der Zweck des Darlehens ausdrücklich mit zum Inhalt des Darlehensvertrages gemacht werde — ob dies im Zweifel, beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung, im einzelnen Falle anzunehmen ist, darüber soll weiter unten gehandelt werden [5]) — sondern vielmehr dahin, daß das Darlehen zwecks Verwendung zum Spiel und in Kenntnis des Darlehensgebers von der beabsichtigten Art der Verwendung aufgenommen und daß es zu diesem Zwecke wirklich auch verwendet wird.

---

[3]) Protokolle S. 797.
[4]) So auch Reiß S. 36; Buff S. 46.
[5]) Unten § 4.

§ 2.

Allgemeines.

Der Begriff des Spieles ist im Gesetze nicht definiert; es ist der Wissenschaft überlassen geblieben, ihn festzustellen [1]). Auf die verschiedenen Theorien über den Begriff des Spieles kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden. Wir möchten mit der allgemeinen Lehre das Spiel als eine Vereinbarung bezeichnen, durch die sich zwei Parteien um der Unterhaltung oder des Gewinnes willen eine Leistung unter entgegengesetzten Bedingungen versprechen [2]). Den Begriff des Darlehens festzulegen, erübrigt sich, da § 607 Abs. 1 BGB. eine Legaldefinition des Darlehens enthält.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält nun eine besondere Bestimmung über das zu Spielzwecken gewährte Darlehen nicht. Es stellt sich damit in Widerspruch zu mehreren anderen neueren Gesetzgebungen. So bestimmt das Allgemeine Preußische Landrecht im 1. Teil 11. Titel § 581: „Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes verlangt und verliehen worden, können nicht gerichtlich eingeklagt werden." Auch das neue Schweizerische Obligationenrecht enthält eine positive Regelung, indem es dem zu Spielzwecken gewährten Darlehen die Klagbarkeit versagt [3]). Ebenso hat das französische Recht auf Grund des côde civile Artikel 1965 [4]) in konstanter Rechtsprechung daran festgehalten, daß zu Spielzwecken gewährte Darlehen nicht zurückgefordert werden könnten [5]). — Der

---

[1]) Motive II S. 643.

[2]) Enneccerus S. 519; Staudinger Bem. II 1 zu § 762; Planck Vorbem. III 1 zu § 762; Oertmann Vorbem. zu § 762.

[3]) Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 Artikel 513: Aus Spiel und Wette entsteht keine Forderung. Dasselbe gilt von Darlehen und Vorschüssen, die wissentlich zum Behufe des Spieles oder der Wette gemacht werden . . . . . .

[4]) code civile Art. 1965: la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari.

[5]) Vgl. Urteil des französischen Kassationshofes vom 4. Juli 1892 im Recueil général des Lois et des Arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public, année 1892. Paris 1892 S. 513: L'action doit être refusée à celui qui, ayant prêté au joueur, au cours d'une partie de jeu, des fonds, qui étaient destinés et qui ont

Grund des Mangels einer gesetzlichen Regelung liegt aber nicht darin, daß der zu behandelnde Fall bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden wäre; vielmehr ist er im Gegenteil der Gegenstand eingehender Erörterungen und Beratungen gewesen.

Schon die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nehmen zu der Frage der Behandlung des zu Spielzwecken gewährten Darlehens Stellung. Sie erklären [6]), daß aus einer allgemeinen Vorschrift, daß aus zu Spiel- oder Wettzwecken gewährten Darlehen eine klagbare Verbindlichkeit nicht erwachse, die größten, in keiner Weise zu billigenden Härten entstehen könnten, was durch den hierbei maßgebenden Zweck einer Einschränkung des Spiels und der Wetten nicht gerechtfertigt erscheine. Doch wurde schon hier die Frage offengelassen, ob nicht in dem Falle, daß ein Spieler einem Mitspieler zum Spiele oder Weiterspiele ein Darlehen gegeben und von diesem die dargeliehene Summe wieder gewonnen hat, in Wirklichkeit eine kreditierte Spielschuld anzunehmen sei. Auch wurde hervorgehoben, daß, wenn die Verwendung des Darlehens zu verbotenem Spiele bezweckt sei, schon auf die Vorschriften des — jetzigen — § 817 BGB. eine Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegründet werden könne.

Auch in der Reichstagskommission wurde die Frage angeregt, ob nicht die Klagbarkeit der Darlehen zu Spielzwecken auszuschließen sei [7]). Doch wurde demgegenüber von Regierungsseite erklärt, daß eine allgemeine Regelung der Frage nicht zu empfehlen sei; denn es widerspreche dem allgemeinen Rechtsempfinden, die Klage auf Rückzahlung des geliehenen Geldes zum Beispiel auch in

---

servi à l'alimenter, a ainsi concouru sciemment et intentionellement à l'acte illicite que loi désavoue.

Specialement, l'action doit être refusée au garçon, de cercle qui á prêté une somme d'argent à un joueur au cours d'une partie et pour l'alimenter le garçon du cercle n'étant pas ainsi resté etranger à la partie de jeu dans laquelle le joueur était engagé et pour la continnation de la quelle il lui a fourni la somme prêté

Laurent, Principes de droit civil Bd. 27 S. 244 ff. will eine Klage dann gewähren, „si le prêteur est étranger au jeu," nicht aber dann, „si le prêteur est interessé au jeu."

[6]) Motive II S. 646.

[7]) Bericht der Reichstagskommission S. 55.

dem Falle auszuschließen, daß der Empfänger mit diesem einen Gewinn erzielt habe. Es wurde jedoch auch hier darauf hingewiesen, daß in dem Falle, daß der Empfänger das geliehene Geld an den Geber wieder verliere, es quaestio facti sei, ob nicht eine Umgehung der Vorschriften über das Spiel vorliege, somit tatsächlich eine kreditierte Spielschuld vorhanden sei.

Endlich war auch schon in der Kommission für die 2. Lesung die Frage der rechtlichen Behandlung des Darlehens zu Spielzwecken eingehend erörtert, und es waren acht verschiedene Anträge gestellt worden, die alle bezweckten, dem Darlehen in mehr oder minder weitem Umfange den Rechtsschutz zu versagen [8]). Der eine Antrag wollte die Bestimmung, daß durch Spiel eine Verbindlichkeit nicht begründet werde, auch auf das zum Zwecke des Spiels gegebene und zu diesem Zwecke verwendete Darlehen ausgedehnt wissen. Es sollte also hier keine Klage auf Rückzahlung ohne Rücksicht darauf, ob der Geber ein Mitspieler oder ein Dritter sei, und zwar auch dann nicht gegeben werden, wenn der Empfänger mit dem dargeliehenen Gelde einen Gewinn erzielte. Zur Begründung des Antrags wurde geltend gemacht, daß das Gesetz den aus Spiel entstehenden Verbindlichkeiten mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen und sittlichen Gefahren des Spiels gerichtliche Hilfe nicht gewähre. Diese ratio legis führe aber logischerweise dazu, auch dem Darlehensgeber, der dem Spieler durch das Darlehen das Spiel erst ermögliche, den Anspruch auf Rückforderung zu versagen. Gegen diesen Antrag wurde zunächst vorgebracht [9]), daß seine Vorschrift mit Rücksicht auf das Rechtsbewußtsein des Volkes, das bei einem mit dem geliehenen Gelde erzielten Gewinne eine Klage auf Rückzahlung des Darlehens für gerechtfertigt erachte, auf den Fall beschränkt werden müsse, daß die Darlehensvaluta im Spiele wirklich verloren worden sei. Im übrigen wurde noch geltend gemacht, daß der Gesichtspunkt, aus dem heraus das Gesetz den Spielschulden den Rechtsschutz versage, nicht sei die Gefährlichkeit des Spieles in wirtschaftlicher und sittlicher Beziehung, sondern vielmehr der Umstand, daß das Spiel und die aus ihm sich ergebenden Beziehungen der Spieler unteinander nicht

---

[8]) Protokolle II S. 794 ff.
[9]) Protokolle II S. 797 ff.

dem Gebiete des Rechts, sondern dem der Sitte angehörten. Es seien daher Darlehen zum Zwecke des Spiels nur insoweit für klaglos zu erklären, als der Darleiher das Interesse des Spieles zu dem seinigen mache. Das sei aber dann anzunehmen, wenn der Zweck des Darlehens, die Art seiner Verwendung mit in den Inhalt des Vertrags in der Weise aufgenommen werde, daß im Falle der Nichtverwendung zum Spiele das Darlehen auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden könne. Es wurde denn auch ein dahingehender Antrag in der Kommission gestellt.

Ein dritter Antrag endlich (Antrag 8) wollte die Vorschriften über Spielschulden nur auf solche Darlehen ausgedehnt wissen, die ein Mitspieler einem andern Mitspieler zum Zwecke des Spiels gegeben hat. Von diesen mehreren Anträgen fand jedoch keiner in der Kommission eine Mehrheit; sie alle wurden, und zwar der hier zuerst behandelte, mit Stimmengleichheit, abgelehnt. Der Grund für die Ablehnung war, neben der Zahl der Anträge und der damit verbundenen Uneinigkeit innerhalb der Kommission, vor allem folgender: es sei nicht wohl möglich, diejenigen Fälle des Darlehens, auf welche die Vorschriften über die Spielschulden erstreckt werden sollten, von anderen, ähnlichen Fällen zweifelsfrei abzugrenzen. Daher sei es ratsam, von einer besonderen Bestimmung abzusehen. Doch bleibe es der Rechtsprechung überlassen, auf gewisse Fälle des Darlehens zu Spielzwecken im Wege der Auslegung die Vorschriften über die Unklagbarkeit der Spielschulden entsprechend anzuwenden. — Man sieht also, daß das Gesetz nur deshalb keine Bestimmung über das Darlehen zu Spielzwecken enthält, weil diejenigen Fälle, bei denen die Rückforderung zu versagen rätlich erscheine, nicht prinzipiell ausgesondert werden könnten.

Ob dies nicht doch möglich ist, diese Frage zu beantworten soll im Folgenden versucht werden. Bemerkt werden mag noch, daß eine endgültige gesetzliche oder theoretische Regelung im Interesse der Praxis sehr erwünscht wäre, damit die Unsicherheit und Gegensätzlichkeit, die in dieser Frage in der Rechtsprechung herrscht, beseitigt würde.

§ 3.

Nichtigkeit des zu Spielzwecken gewährten Darlehens wegen Verstoßes gegen die guten Sitten?

Beim Fehlen einer besonderen gesetzlichen Bestimmung kommen für die rechtliche Beurteilung des zu Spielzwecken gewährten Darlehens die Vorschriften über das Darlehen § 607 ff. BGB. sowie die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte zur Anwendung; daneben kommt noch die Vorschrift des § 762 BGB. über das Spiel in Betracht.

Zunächst soll gefragt werden, ob auf das Darlehen zu Spielzwecken § 138 BGB. in dem Sinne Anwendung findet, daß jedes derartige Darlehen von vornherein als ein gegen die guten Sitten verstoßendes und damit nichtiges Rechtsgeschäft anzusehen ist.

Ausgangspunkt hierfür sei die Frage, ob das Gesetz das Spiel selbst als gegen die guten Sitten verstoßend ansieht. Der für das Spiel maßgebende § 762 BGB. besagt:

„Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis."

Diese Vorschrift soll zunächst kurz betrachtet werden.

Durch die Bestimmung des ersten Satzes von Absatz 1 wird dem, der im Spiele gewinnt, die zwangsweise Realisierung seines Gewinnes versagt. Ob der Grund hierfür der Umstand ist, daß aus Spiel und Wette eine Verbindlichkeit überhaupt nicht entstehen soll, oder daß zwar eine Verbindlichkeit, jedoch eine nicht klagbare, begründet wird, ist streitig [1]).

Im einzelnen sind die Konsequenzen des § 762 BGB. folgende:

---

[1]) Der ersteren Meinung sind Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I. Band S. 196 f. und Siber, der Rechtszwang im

Da der Spielvertrag eine klagbare Verbindlichkeit nicht erzeugt, so kann der Anspruch auf den Spielgewinn auch nicht durch Bürgschaft, Pfandbestellung oder Eintragung einer Hypothek rechtswirksam gesichert werden [2]). Auch kann der Gewinner ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Spielgewinnes nicht geltend machen [3]), denn ein solches bezweckt ja gerade, indirekt den andern Teil zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung zu zwingen. Beim Spiel ist aber die Erzwingung der Leistung versagt. Auch ist eine Vertragsstrafe, die für den Fall der Nichtzahlung eines Spielverlustes vereinbart wird, mit Rücksicht auf § 344 BGB. nicht klagbar [4]). Dasselbe gilt von einem über die Höhe einer Spielschuld geschlossenen Vergleiche, während ein solcher, der den Streit der Parteien darüber, ob überhaupt ein Spielvertrag vorliegt oder nicht, schlichten soll, der vollen rechtlichen Wirksamkeit nicht entbehrt; denn hier liegt eine Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB. vor [5]). Ebenso ist eine einseitige Aufrechnung, die der Gewinner mit seinem Spielgewinne gegen eine Schuld dem Verlierer gegenüber vornimmt, nicht wirksam, da die Voraussetzung des § 387 BGB. „sobald er die ihm gebührende Leistung fordern kann" deshalb nicht gegeben ist, weil der Gewinner nichts zu fordern berechtigt ist [6]). Dagegen kann der Verlierer wohl gegen seine Spielschuld mit einer anderen Forderung, die ihm gegen den Gewinner zusteht, aufrechnen, denn hier kann er die ihm gebührende Leistung fordern und der andere Teil die ihm obliegende Leistung bewirken. Demgegenüber kann auch u. E. nicht der Wortlaut des § 387 BGB.: „Schulden" zwei Personen

---

Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht S. 56—59; der zweiten Meinung dagegen die Mehrzahl der Schriftsteller. Der Wortlaut des Abs. 1 S. 1 „wird eine Verbindlichkeit nicht begründet" kann u. E. zugunsten der ersteren Meinung kaum verwendet werden, da andererseits in Abs. 2 von „Erfüllung" einer „Schuld" die Rede ist. Wir möchten uns der zweiten Ansicht anschließen.

[2]) RGR.-Komm. Bem. 2 zu § 762. Staudinger Bem. III 1 e zu § 762; Planck Bem. 3 d zu § 762.

[3]) Staudinger Bem. III 1 b zu § 762; Planck Bem. 3 b zu § 762.

[4]) Staudinger Bem. III 1 d zu § 762; Planck Bem. 3 c zu § 762.

[5]) Oertmann Bem. 4 c zu § 762; Planck Bem. 4 zu § 762; Staudinger Bem. III 1 f zu § 762.

[6]) Motive II S. 644; Staudinger Bem. III 1 a zu § 762; Planck Bem. 3 b zu § 762.

einander . . . . . in dem Sinne geltend gemacht werden, daß der Verlierer ja gar nichts „schulde", denn wenn der Verlierer mit Rechtswirksamkeit zahlen kann, so ist nicht einzusehen, warum er nicht ebenso seine „Schuld" durch Aufrechnung „tilgen" könnte [7]). Ebenso steht einer Aufrechnung durch vertragsmäßige Vereinbarung der Parteien nichts im Wege.

Nach Abs. 2 von § 762 BGB. soll der Grundsatz der Klaglosigkeit einer Spielschuld auch für Verbindlichkeiten gelten, die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung seiner Spielschuld dem Gewinner gegenüber eingeht. Diese Vorschrift findet ihre innerliche Berechtigung und Notwendigkeit in der Erwägung, daß bei ihrem Fehlen die Vorschrift des Abs. 1 S. 1 durch nachträgliche Parteivereinbarung leicht ihrer Wirksamkeit entkleidet werden könnte. Der Gewinner brauchte sich nach beendetem Spiele vom Verlierer nur ein Schuldanerkenntnis über die Verlustsumme ausstellen zu lassen, um dadurch die Spielschuld zu einer klagbaren zu gestalten. Dem steht mit Recht die Bestimmung des Abs. 2 entgegen. Nach ihr sind insbesondere auf Spielschulden basierende Schuldanerkenntnisse sowie Vereinbarungsdarlehen nach § 607 Abs. 2 BGB. klaglos [8]). Dasselbe gilt von einem über eine Spielschuld ausgestellten Wechsel, solange er noch nicht an einen gutgläubigen Dritten weitergegeben worden ist. Die prozessuale Wirksamkeit des Grundsatzes der Nichterzwingbarkeit einer Spielschuld äußert sich darin, daß der Klage auf den Spielgewinn nicht nur, wie bei der verjährten Forderung, eine Einrede entgegensteht, vielmehr der Richter den Charakter der eingeklagten Forderung als einer aus Spielvertrag herrührenden von Amtswegen berücksichtigen, die Klage somit auch dann abweisen muß, wenn der Beklagte die „Einrede" des Spieles nicht geltend macht [9]).

Wird somit den Verbindlichkeiten aus Spiel der staatliche Rechtsschutz versagt, und steht dieses insoweit den unsittlichen und damit nichtigen Verträgen rechtlich gleich, so äußert es doch in gewisser Beziehung rechtliche Wirk-

---

[7]) Anderer Ansicht, und zwar von seinem Standpunkte aus, daß aus Spiel eine Verbindlichkeit überhaupt nicht entstehe, konsequent Siber, Kompensation und Aufrechnung S. 93.

[8]) Vgl. hierzu auch Siber in Jherings Jahrbüchern Bd. 50, S. 166.

[9]) RGR.-Komm. Bem. 2 zu § 762; Planck Bem. 5 zu § 762; Staudinger Bem. III vor 1 zu § 762.

samkeit. § 762 Abs. 1 S. 2 bestimmt nämlich: „Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat." Berichtigt also der Verlierer freiwillig durch Zahlung oder Leistung an Erfüllungsstatt oder auf andere Weise — z. B. Erlaß oder Hinterlegung bei Ausschluß der Rücknahme [10]) —, seinen Verlust, so hat er kein Rückforderungsrecht aus dem Grunde, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe. Das gilt auch dann, wenn er nicht wußte, daß es sich bei der Bezahlung um einen Spielverlust handelte [11]) sowie auch in dem Falle, daß der Leistende über die Nichteinklagbarkeit einer Forderung aus Spiel im Irrtume war. Doch kann aus anderen Gründen eine Rückforderung wohl in Frage kommen [12]), so vor allem bei Geschäftsunfähigkeit des einen Mitspielers und im Falle eines verbotenen Spieles.

Es ist somit den Verbindlichkeiten aus Spiel keineswegs jede rechtliche Wirksamkeit versagt. Sie sind zwar nicht klagbar, wohl aber erfüllbar. Sie ähneln hierin den „natürlichen" Verbindlichkeiten des römischen Rechts, wenn sie ihnen auch keineswegs gleichen.

In der Versagung des Rückforderungsrechts unterscheidet sich nun die gesetzliche Behandlung des Spieles von der der unsittlichen Verträge. Denn ist ein Vertrag gemäß § 138 BGB. als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig, so haben die Parteien grundsätzlich das, was sie einander auf Grund des nichtigen Vertrages gewährt haben, nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung — § 812 BGB. — wieder heraus zu geben. Würde somit das Gesetz den Spielvertrag als ein unsittliches Rechtsgeschäft ansehen, so wäre hiermit die Versagung der Kondiktion kaum vereinbar [13]). Immerhin könnte vielleicht dieser Schlußfolgerung von dem Standpunkte aus, daß das Spiel unsittlich ist und als unsittlich vom Gesetz behandelt wird, folgende Argumentation entgegengehalten werden: Der verlierende Teil verstoße durch die Zahlung der Verlustsumme und der Gewinner

---

[10]) Oertmann Bem. 1a zu § 762; Staudinger Bem. III 2bg zu § 762.

[11]) Motive II S. 644; Staudinger Bem. III 2a zu § 762. Anderer Ansicht Hachenburg S. 55.

[12]) Motive II S. 645.

[13]) Vgl. Oertmann Vorbem. zu § 762.

durch die Annahme derselben gegen die guten Sitten, und deshalb sei die Rückforderung des Gezahlten nach § 817 S. 2 BGB. ausgeschlossen. Wenn auch diese Schlußfolgerung u. E. deshalb nicht gezogen werden könnte, weil eine Leistung auf Grund eines wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtigen Vertrages sowie die Entgegennahme einer solchen Leistung noch lange nicht unsittlich im Sinne von § 817 BGB. zu sein braucht [14]), so spricht doch vor allem noch ein anderer wichtiger Grund dafür, daß das Gesetz das Spiel nicht für unsittlich erachtet, nämlich die Stellung des Spieles im Systeme des Bürgerliáen Gesetzbuches. Hätte das Gesetz den Spielvertrag als unsittlichen behandeln wollen, so hätte es ihn, ebenso wie das wucherische Rechtsgeschäft, mit unter die Bestimmung des § 138 BGB. gestellt, nicht aber ihm einen besonderen Titel im Recht der Schuldverhältnisse gewidmet [15]).

Dieses Ergebnis, daß nämlich grundsätzlich das Spiel als unsittlich nicht zu bezeichnen ist, deckt sich auch mit den Prinzipien, die dem § 762 BGB. zugrunde liegen und die wiederum auf der Rechtsanschauung des Volkes basieren, welches das Spiel im allgemeinen nicht als etwas unsittliches ansieht, andererseits aber die zwangsweise Beitreibung des Spielgewinnes nicht billigt, vielmehr die freiwillige Zahlung des Verlustes vom Verlierer verlangt.

Zwei Grundgedanken sind es, auf denen die Vorschrift des § 762 BGB. beruht. Einmal gehören das Spiel und die aus ihm sich ergebenden Beziehungen der Spieler untereinander nicht sowohl dem wirtschaftlichen Leben als vielmehr dem Gebiete des geselligen Verkehrs und der Sitte an. Jhering drückt dies drastisch so aus, daß ebenso wie eine Klage aus Spiel und Wette auch eine solche auf den ersten Walzer gegeben werden könnte [16]). Verträgen dieser Art aber, die jeden ernsten wirtschaftlichen Zweckes entbehren, staatlichen Rechtsschutz zu gewähren, ist nicht Sache der Rechtsordnung [17]). Andererseits liegt aber dem § 762 BGB. auch ein rechtspolitischer, rechtspolizeilicher Gedanke zugrunde. Das Spiel birgt an-

---

[14]) Vgl. Planck Bem. 2 zu § 817; Oertmann Bem. 6 a zu § 817.
[15]) So auch Urteil des Kammergerichts v. 22. Juni 1905, OLGE. XII S. 94.
[16]) Jhering, Geist des römischen Rechts Bd. III S. 331 Note 452.
[17]) Vgl. Protokolle II S. 797, Menzel S. 61.

erkanntermaßen erhebliche Gefahren in sich. Einmal steht es zur ernsten und der Menschheit dienenden und ihr nutzbringenden Arbeit im Gegensatz, es untergräbt, wie Dernburg [18]) mit Recht ausführt, in weiten Kreisen die Lust und Liebe zur Arbeit, ja es nimmt manchem schließlich die Fähigkeit zu ernster, nützlicher Tätigkeit. Auch sind durch das Spiel schon viele nicht nur moralisch, sondern auch wirtschaftlich ruiniert worden. Das Gesetz hat nun keine Veranlassung, derartigen unnützen und oft recht gefährlichen Verträgen gerichtliche Hilfe zu gewähren und ihnen dadurch den Stempel rechtlicher Billigung aufzudrücken. Auch aus diesem Gesichtspunkte heraus ist daher die Vorschrift des § 762 BGB. zu begreifen. [19]).

Diesen Prinzipien entspricht es auch, daß das Gesetz dem Verlierer, der seinen Verlust freiwillig gezahlt hat, keine Klage auf Rückforderung gewährt. Die Rechtsordnung will eben mit den Spielverträgen nichts zu tun haben, weder in der einen noch in der anderen Richtung. In der Versagung der Rückforderung des auf Grund einer Spielschuld Gezahlten kommt es auch der allgemeinen Rechtsanschauung entgegen, welche die Spielschulden als „Ehrenschulden" ansieht und deren Bezahlung unbegreiflicherweise oft noch vor der anderer, rechtlich völlig zu billigenden Verbindlichkeiten fordert [20]). Das Gesetz steht sonach dem Spiele indifferent, neutral gegenüber; es mißbilligt es nicht grundsätzlich, versagt ihm aber auch die Anerkennung als vollwirksamer, rechtlich verbindlicher Vertrag. Der Satz, daß das Spiel nicht, zum mindesten nicht nach geltendem Recht, grundsätzlich als unsittlicher Vertrag gemäß § 138 BGB. anzusehen ist, ist in Literatur wie Praxis allgemein anerkannt [21]). Damit ist wohl vereinbar, daß im konkreten Falle das Spiel, insbesondere, wenn es

---

[18]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht. 2. Bd. 2. Abtlg. § 212 sub. I.

[19]) OLGE. XIV S. 31; RGR.-Komm. Bem. 5 zu § 762; Planck Vorbem. II zu § 762; Protokolle S. 797; Enneccerus S. 519, Crome S. 830; and. Ans. Kuhlenbeck Note 4 zu § 762.

[20]) Vgl. Endemann, Bürgerliches Recht 1. Band Note 10 zu § 187, der hier mit Recht von einer „perversen sozialen Auffassung" spricht.

[21]) RGZ. 43, S. 152; OLGE. V S. 105; Motive II S. 644; RGR.-Komm. Bem. 3 zu § 762; Planck Vorbem. II zu § 762; Staudinger Bem. I zu § 762;Enneccerus S. 519; Hachenburg S. 52.

sich um ein Glücksspiel oder um verbotenes Spiel handelt, recht oft sich als ein unsittliches Rechtsgeschäft darstellen wird. [22]).

Ist aber das Spiel selbst nicht als vom Gesetz gemißbilligt anzusehen, so ergibt sich daraus mit logischer Notwendigkeit, daß ebensowenig ein zu Spiel-, also von der Rechtsordnung nicht gemißbilligten Zwecken gewährtes und hierzu verwendetes Darlehen prinzipiell als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft bezeichnet werden kann. Man ist hier versucht, zum Vergleiche das Strafrecht heranzuziehen und daran zu erinnern, daß niemand wegen Beihilfe oder Anstiftung zu einer Handlung bestraft werden kann, die das Gesetz selbst nicht mit Strafe bedroht. Trotzdem ist die Richtigkeit des soeben aufgestellten Satzes bestritten. Insbesondere Kohler [23]) rubriziert das Darlehen, das bestimmungsgemäß die Mittel zum Spiele gewähren soll, unter die von ihm sogenannte Kategorie der „Verführungsverträge", die er sämtlich als unsittlich bezeichnet. Er begründet dies damit, daß es unsittlich sei, den Spieltrieb, der so leicht ausarten könne, zu unterstützen [24]). Ebenso erklärt Dernburg [25]) Darlehen zu Spielzwecken für gegen die guten Sitten verstoßend, denn auch soweit das Spielen erlaubt sei, sei Förderung des Spieles durch Darlehen verwerflich. Inwiefern, wird allerdings nicht gesagt. Es dürfte auch schwer sein, hierfür ausreichende Gründe zu finden. Denn es ist nicht einzusehen, warum es unsittlicher sein soll, wenn jemand einem Spieler ein Darlehen zur Fortsetzung des Spieles gibt, als wenn die Mitspieler dem Verlierer seinen Verlust kreditieren. Wenn auch der Verlierer durch das dargeliehene Geld oft erst in den Stand gesetzt werden wird,

---

[22]) Vgl. hierüber unten § 5.

[23]) Kohler, Lehrbuch des Bürgerlich. Rechts Band II S. 96.

[24]) Wenn Kohler zur Stützung dieser Ansicht die Entscheidung des Oberlandesgerichts Posen vom 3. Februar 1903 OLGE. VI S. 448 und des Oberlandesgerichts Stettin vom 12. März 1903 VIII S. 83 zitiert, so widerspricht er damit sich selbst, denn die erste Entscheidung sagt ausdrücklich, daß ein Spieldarlehen nach § 138 BGB. unsittlich sein „könne," mithin prinzipell nicht unsittlich ist, und die zweite Entscheidung behandelt die Frage einer eventuellen Unsittlichkeit des zu Spielzwecken gewährten Darlehens garnicht, will vielmehr die Vorschrift des § 762 BGB. auf solche Darlehen analog angewandt wissen.

[25]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. II. 2. Abt. § 212 sub. III.

weiterzuspielen, so wird doch in der Kreditierung des Spielverlustes seitens der Mitspieler für den Verlierer ein ebenso starker Anreiz, eine ebenso große Versuchung zum Weiterspiele liegen, als in dem zu Spielzwecken gewährten Darlehen. Es kann daher eine größere wirtschaftliche Gefährlichkeit des Darlehens zu Spielzwecken gegenüber dem Spielen auf Kredit nicht zugegeben werden. Und ebensowenig kann man, was die subjektive Seite anlangt, präsumieren, daß der Darlehensgeber regelmäßig, in jedem Falle, mit der Hingabe des Geldes unsittliche Motive verfolge, indem er etwa, wenn er selbst mitspielt, hofft, das Geld dem Darlehensgeber wieder abzugewinnen. Abgesehen davon, daß grundsätzlich der Zweck eines Darlehens sowie die Motive, die der Geber bei der Hingabe des Geldes verfolgt, für den Rechtsbestand des Darlehensgeschäfts gleichgültig sind, werden derartige Motive, wenn sie auch sehr oft vorhanden sein werden, doch keineswegs die Regel bilden. Im Gegenteil wird oft auch die Sache so liegen, daß jemand einem Freunde oder Bekannten lediglich aus Gutmütigkeit, vielleicht auch erst auf Drängen des Verlierers, der gern seinen Verlust wiedereinholen möchte, das Darlehen gewährt, um ihm dies zu ermöglichen [26]). Dies Motiv wird vor allem dann die Regel sein, wenn der Darlehensgeber am Spiele nicht beteiligt ist.

Es ist daher der Satz aufzustellen, daß ein Darlehen, das zu Spielzwecken, sei es von einem Mitspieler, sei es von einem Dritten, gewährt wird, nicht grundsätzlich gegen die guten Sitten verstößt und damit nach § 138 BGB. nichtig ist [27]).

Dieses Resultat entspricht auch dem allgemeinen Rechtsempfinden, denn man wird nicht behaupten können, daß die Gewährung eines solchen Darlehens „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" [28]) wider-

---

[26]) Vgl. Urteil des Kammergerichts vom 22. Juni 1905, OLGE. XII S. 94.

[27]) So auch die allgemeine Meinung; vgl. RGZ. Bd. 67 S. 358, Bd. 70 S. 2; OLGE. V S. 105, VII S. 94; „Recht" Jahrg. 1903 S. 152; Deutsche Jur.-Zeit. Jahrg. 1911 S. 1157; Oertmann Bem. 4 d zu § 762; Staudinger Bem. VI 3 zu § 762; Planck Bem. 10a zu § 762; Neumann Note 6a zu § 762; Endemann Anm. 10 zu § 187; Enneccerus S. 520; Crome S. 834; Hachenburg S. 53; Bingner im Sächs. Archiv Bd. 6 S. 4.

[28]) RGZ. Bd. 48, S. 124.

spreche. Die Anschauungen des Volkes beurteilen eben das Spiel und Darlehensgeschäfte zum Spiele nicht so streng, daß man sagen müßte, sie verurteilen jene Geschäfte als gegen die guten Sitten verstoßend.

Im einzelnen Falle natürlich kann und wird auch öfters ein solches Darlehen gegen die guten Sitten verstoßen. Ob dies der Fall ist, wird von den näheren Umständen abhängen [29]).

---

§ 4.

Analoge Anwendung des § 762 BGB. auf Darlehen zu Spielzwecken?

Wie wir soeben gesehen haben, kann auf Grund des § 138 BGB. eine prinzipielle Nichtigkeit und damit auch Unklagbarkeit des Darlehens zu Spielzwecken nicht gerechtfertigt werden. Daß § 762 BGB. selbst direkt keine Anwendung auf solche Darlehen finden kann, ist zweifelsfrei, denn hier wird nicht durch das Spiel, sondern eben durch die Darlehensaufnahme eine Verbindlichkeit begründet.

Nun gibt es aber doch Fälle, die derart gelagert sind, daß man zu einem praktisch ganz unbefriedigenden Resultate kommen würde, wollte man sich hier streng an die theoretische Konstruktion halten und, unbeirrt von dem im konkreten Falle sich herausstellenden Ergebnisse, sich lediglich von dem Buchstaben des Gesetzes leiten lassen. Insbesondere liegt ein solcher Fall dann vor, wenn ein Spieler einen anderen Mitspieler ein Darlehen gewährt und dieser das soeben geliehene Geld sogleich wieder an denselben Spieler, der ihm das Geld borgte, verliert.

In der Literatur und Rechtsprechung hat man sich auf verschiedene Weise zu helfen gesucht. Die einen meinen, daß in dem Falle, daß das geliehene Geld an den Darlehensgeber wieder verloren wird, meist eine kreditierte Spielschuld vorliege und deshalb § 762 BGB. anzu-

[29]) Vgl. unten § 5, wo hierüber noch näher die Rede ist.

wenden sei [1]). Diese Konstruktion ist recht unklar, den sie läßt nicht erkennen, ob damit gemeint sein soll, dieses Darlehensgeschäft stehe wirtschaftlich der Spielschuld völlig gleich und sei deshalb auch rechtlich ihr analog zu behandeln, oder ob derartige Darlehen als Umgehungsgeschäfte dem § 762 BGB. als der umgangenen Rechtsnorm direkt unterstehen sollen. Andere [2]) wollen § 762 BGB. nur dann angewandt wissen, wenn in der Darlehenshingabe eine Umgehung dieser Vorschrift zu erblicken sei. Weiter geht die Ansicht, daß § 762 BGB. auf alle Darlehen, die ein Mitspieler gewährt, anzuwenden sei, wenn der Darlehensnehmer das geliehene Geld wieder verliert, und zwar gleichgültig, ob die Darlehenssumme an den Darleiher oder an einen anderen Mitspieler verloren wird [3]). Kuhlenbeck endlich [4]) will die Klaglosigkeit der Spielschulden auf Darlehen zu Spielzwecken insoweit ausgedehnt wissen, als der Darleiher das Interesse des Spielers zu dem seinigen mache. Dies soll anscheinend dann vorliegen, wenn der Zweck des Darlehens mit in den Inhalt des Vertrags derart aufgenommen wird, daß im Falle der Nichtverwendung zum Spiele das Darlehen nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden könnte. Liegt dieser Fall vor, so soll eine Klaglosigkeit des Darlehens also auch dann eintreten, wenn der Darlehensnehmer mit dem geliehenen Gelde gewonnen hat. — Andere wieder lehnen eine analoge Anwendung des § 762 BGB. prinzipell ab [5]), die einen nur aus theoretischen Gründen, einzelne aber auch, weil sie die Bedürfnisfrage für eine derartige analoge Anwendung verneinen. — Es soll zunächst der Fall ausgeschieden werden, daß der Darlehensnehmer mit dem geliehenen Gelde gewinnt. Hier die Darlehensklage versagen und § 762 BGB. analog anwenden zu wollen, liegt von vornherein kein praktisches Bedürfnis vor, eine gegen-

---

[1]) Motive II S. 646; ROHG. 25 S. 291; Staudinger Bem. VI 3 zu § 762; Hachenburg S. 54; Enneccerus S. 520; Neumann Note 6a zu § 762.

[2]) So Goldmann-Lilienthal S. 807.

[3]) So OLG. Stettin vom 12. März 1903, OLGE. VIII S. 83.

[4]) Kuhlenbeck Note 4 zu § 762; vgl. auch Protokolle II S. 797.

[5]) Urteil des OLG. Kiel v. 26. Juni 1905 OLGE. XII S. 95; ferner OLGE. V S. 104; XII S. 93; XX S. 232; Gompertz S. 51; Reiß S. 39; Buff S. 48 f.

teilige Entscheidung würde vielmehr mit der allgemeinen Rechtsanschauung in krassestem Widerspruche stehen [6]).

Es ist nun gewiß nicht zu verkennen, daß erhebliche Bedenken gegen eine analoge Anwendung des § 762 BGB. auf zu Spielzwecken gewährte Darlehen vorhanden sind. Denn grundsätzlich ist es für den Rechtsbestand eines Darlehensvertrags gleichgültig, zu welchem Zwecke das Darlehen gegeben wird. Ist ja selbst ein zu unsittlichen Zwecken, etwa zur Ermöglichung des Kaufes eines Bordells, gewährtes Darlehen nicht prinzipell unklagbar [7]). Richtig ist auch, daß die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts grundsätzlich nach der Sachlage zu beurteilen ist, die zur Zeit des Abschlusses desselben gegeben war [8]). Wird nun einem Mitspieler während des Spieles zur Fortsetzung desselben ein Darlehen gewährt, so ist mit dem Geben und Nehmen des Geldes an sich die Darlehensschuld entstanden, und man macht im Falle einer analogen Anwendung des § 762 BGB. die Wirksamkeit des Darlehens von später eintretenden Umständen abhängig, die außerhalb des Rechtsgeschäfts liegen. Entscheidend soll für die rechtliche Beurteilung des Darlehens in diesem Falle der Erfolg sein, mit dem der Darlehensnehmer mit dem geliehenen Gelde spielt. Dieser Erfolg ist nun zur Zeit der Aufnahme des Darlehens ein noch völlig unbestimmter. So kann der Darlehensnehmer mit dem geliehenen Gelde gewinnen, er kann es auch, ganz oder teilweise, verlieren. Und zwar ist sein Verlust keineswegs identisch mit dem Gewinne des Darleihers. Denn in den allermeisten Fällen sind mehr als 2 Personen am Spiele beteiligt, sodaß der Darlehensnehmer auch an einen anderen Mitspieler als den, der ihm das Geld vorstreckte, verlieren kann. Und ebenso kann auch der Darleiher mit zu den Verlustträgern des Spieles gehören, indem Beide, er und der Darlehensnehmer, an einen dritten Mitspieler verlieren.

Diese erheblichen rechtlichen Gründe, die gegen eine analoge Anwendung des § 762 BGB. sprechen, werden auch gewiß nicht von denjenigen verkannt, die sich für

---

[6]) Vgl. auch Bericht der Reichstagskommission S. 55; Protokolle II S. 798.

[7]) Staudinger Bem. I 4c zu § 138; RGZ. 63, S. 350.

[8]) OLGE. V S. 104.

eine analoge Anwendung entschieden haben. Sie befürworten vielmehr eine solche nur deshalb, weil sie der Meinung sind, daß noch erheblichere wirtschaftliche Gründe für eine Anwendung der Analogie in diesem Falle vorhanden sind. Betrachten wir im Folgenden zunächst den Fall, daß das zum Spiele geliehene Geld wieder an den Darleiher verloren wird. Die Frage ist: Ist es wirtschaftlich dasselbe, wenn jemand auf Kredit spielt, im konkreten Falle also Gewinn und Verlust aufgeschrieben werden und erst am Schlusse des Spieles zur Auszahlung gelangen sollen und hier der eine Mitspieler an den anderen 100 Mark verliert, und andererseits, wenn jemand sich, sei es zu Anfang des Spieles, sei es, weil er schon seine ganze Barschaft verloren hat, zur Fortsetzung desselben 100 Mark von einem Mitspieler leiht und die soeben geliehene Summe an denselben Mitspieler wiederverliert? Ist es ein vernünftiges Ergebnis, daß im ersteren Falle nach § 762 BGB. eine Verpflichtung des verlierenden Teiles zur Zahlung der verlorenen Summe nicht besteht, im zweiten Falle aber eine solche auf Grund des perfekt gewordenen Darlehensvertrages angenommen werden soll? Die erstere Frage wird von manchen verneint. Es wird behauptet, daß das Spiel mit barem, wenn auch geborgtem Gelde dem Spielen auf Kredit in seiner Wirkung auf den Spieler keineswegs gleichstehe, denn es lasse jene Maßlosigkeit, welche das unbare Spiel kennzeichne, nicht aufkommen [9]). Dieser Einwand erscheint uns unrichtig. Zunächst vermögen wir nicht einzusehen, warum das unbare Spiel leichter ausarten könne als das mit geliehenem, also barem Gelde. Denn auch beim Spielen auf Kredit wird der Verlierer, solange er noch einigermaßen bei Vernunft und noch nicht ganz von der Spielleidenschaft ergriffen ist, jederzeit seinen Verlust übersehen können, ebenso wie er, beim Spielen mit geliehenem Gelde, wissen wird, welche Summe er sich zum Weiterspielen geborgt hat. Hat ihn aber die Spielleidenschaft derart verwirrt, daß er keinen Ueberblick mehr über seinen Verlust hat, so wird er auch, wenn er mit vom Mitspieler während des Spieles geliehenem Gelde spielt, nicht wissen, wie hoch sich seine

---

[9]) Urteil des OLG. Marienwerder v. 15. April 1902 OLGE. V S. 104; Buff S. 50.

Darlehenschuld an den Gewinner beziffert. Vor allem aber spricht u. E. eine andere, auf der Erfahrung beruhende Tatsache dagegen, daß das Spielen mit geliehenem Gelde wirtschaftlich weniger gefährlich sei, als das Spielen auf Kredit. Es ist nämlich wohl nicht zu bestreiten, daß das Spielen auf Kredit gegenüber dem Spielen gegen Bar nur verhältnismäßig selten vorkommt. In der Regel wird nach der Vereinbarung der Spieler nach Beendigung eines jeden Spieles der Verlust vom verlierenden Teile sogleich dem Gewinner gezahlt werden müssen. Dies ist vor allem fast regelmäßig bei Glücksspielen der Fall, insbesondere bei Spielbanken ist das Spielen mit barem Gelde die ausnahmslose Regel. Nur im enger befreundeten Kreise und auch wohl da nur beim ungefährlichen, niedrig gespielten Skat oder Doppelkopf wird die Gewohnheit oft dahin gehen, daß erst, wenn man mit Spielen aufhört, der Gewinn vom Verlierer ausgezahlt wird. Besteht nun aber unter der Mehrzahl der Spieler der Brauch sofortigen Auszahlens von Gewinn und Verlust, so ist klar, daß meist ein Spieler dann nicht mehr zum Spiele zugelassen wird, wenn er seine ganze Barschaft verloren hat und daher etwaige künftige Verluste sogleich zu begleichen nicht mehr imstande ist. Er wird sich sonach, um weiterspielen zu können, das hierzu nötige Geld zu borgen suchen, und gelingt es ihm, ein Darlehen aufzunehmen, so ermöglicht er sich dadurch das Weiterspiel, das ihm ohne das Darlehen versagt geblieben wäre. Verliert er daher nun auch noch das geliehene Geld, so ist dies gewissermaßen erst dadurch ermöglicht worden, daß der Mitspieler, der ihm das geborgte Geld wiederabgewinnt — und diesen Fall haben wir jetzt nur im Auge — ihm vorher dasselbe geliehen hat. Es ist daher das Spielen mit geliehenem Gelde keineswegs als wirtschaftlich weniger gefährlich zu bezeichnen als das Spielen auf Kredit. Zwischen den beiden Fällen besteht nur ein rein äußerer Unterschied, während sie innerlich, in ihrer wirtschaftlichen Beschaffenheit und ihrer Wirkung auf den Verlierer, sich völlig gleichen. In beiden Fällen hat der Spieler kein bares Geld zum Spiele beziehentlich Weiterspiele. In dem einen Falle wird diesem Mangel dadurch abgeholfen, daß ihm sein Spielverlust kreditiert wird, und in dem anderen dadurch, daß ihm der eine Mitspieler eine bestimmte Summe vor-

streckt und sie ihm sogleich wieder abgewinnt. Der Spieler hat sonach in beiden Fällen „im Spiele" verloren, und es würde der Tendenz des Rechtssatzes, daß durch Spiel eine Verbindlichkeit nicht begründet werden soll, wie auch dem allgemeinen Rechtsgefühl widersprechen, wollte man im Falle des Spieldarlehens den Darlehensnehmer zur nochmaligen Bezahlung seines Spielverlustes zwingen. Wer mit von einem Mitspieler geliehenem Gelde spielt und das Geld an den Darleiher wieder verliert, spielt eben nicht minder auf Borg, als wenn er dem Gewinner den Spielverlust schuldig bleibt [10]). Es ist daher die Vorschrift des § 762 BGB. analog auf den Fall anzuwenden, daß ein Mitspieler von einem anderen Mitspieler zum Zwecke des Spieles ein Darlehen aufnimmt und die Darlehenssumme an denselben Mitspieler sogleich wiederverliert [11]).

Eine derartige analoge Anwendung erscheint schon aus dem Grunde unumgänglich, weil sonst die Bestimmung des § 762 BGB. leicht umgangen werden könnte. Der eine Mitspieler brauchte nur dem anderen, dem das Geld ausgegangen ist, eine bestimmte Summe zu leihen, um sich dadurch eine Darlehensklage zu sichern, und auf diese Weise die Spielschuld im praktischen Ergebnisse zu einer klagbaren Verbindlichkeit zu machen. Es würde der Ausbeutung der Spielleidenschaft, der gerade der § 762 BGB. entgegensteht, durch Umgehung dieser Vorschrift Tür und Tor geöffnet, wenn die Gerichte derartigen Darlehen Klagschutz gewähren wollten. — Gegen dieses Resultat einer analogen Anwendung des § 762 BGB. wendet sich das Oberlandesgericht Kiel aus zwei immerhin beachtlichen Gründen [12]). Einmal behauptet es, daß einer analogen Anwendung des § 762 BGB. der Begriff der Analogie entgegenstehe, und zum anderen ist es der Ansicht, daß in dem Falle, daß eine Umgehung der Vorschrift über die Unklagbarkeit der Spielschulden mit der Hingabe des Darlehens bezweckt werde, schon

---

[10]) OLGE. VIII S. 83; XVIII S. 35.

[11]) Enneccerus S. 520; Neumann Note 6 a zu § 762; Staudinger Note VI 3 zu § 762; OLGE. VIII S. 83; XVIII S. 35, and. Ans. OLGE. V S. 104, XII S. 93; XX S. 232; Gompertz S. 51; Reiß S. 39; Buff S. 48 f.

[12]) Entscheidung des OLG. Kiel vom 26. Juni 1905, OLGE. XII, S. 94 f.

der allgemeine Rechtssatz Abhilfe schaffe, daß das Umgehungsgeschäft den für das umgangene Geschäft geltenden Rechtsnormen unterliege.

Zur Begründung der ersteren Einwendung wird ausgeführt, daß die analoge Anwendung eines Rechtssatzes überhaupt nur dann zulässig sei, wenn anzunehmen wäre, daß das Gesetz den nicht unmittelbar unter die Rechtsnorm fallenden Tatbestand der Norm unterstellt hätte, wenn der Fall erwogen worden wäre. Nun sei der in Frage stehende Fall bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches sehr eingehend erörtert worden, und das Ergebnis dieser Erwägungen sei gewesen, daß von der Ausschließung der Rückforderung eines zu Spielzwecken gewährten Darlehens abgesehen worden wäre. Die absichtlich weggelassene Bestimmung dürfe aber nicht im Wege der Auslegung hineingebracht werden. Hierzu ist folgendes zu bemerken: Wenn auch die soeben wiedergegebene Bestimmung des Anwendungsgebietes der Analogie als richtig anzuerkennen [13]), ein Rechtssatz mithin grundsätzlich nur dann auf einen Tatbestand analog anzuwenden ist, wenn letzterer bei Entstehung des Gesetzes nicht mit zur Erörterung stand, so kann dieser Satz doch unmöglich dann gelten, und es muß eine analoge Anwendung dann statthaft sein, wenn ein Fall zwar vom Gesetzgeber bei Abfassung des Rechtssatzes mit erwogen und trotzdem nicht ausdrücklich geregelt worden, wohl aber bei der Entstehung des Gesetzes besonders betont worden ist, daß eine analoge Anwendung des Rechtssatzes auf den in Frage stehenden Fall dem Richter überlassen bleiben müsse. Dieser Fall liegt nun hier vor, denn es wurde bei der Beratung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuche ausdrücklich hervorgehoben, daß beim Schweigen des Gesetzes es der Rechtsprechung unbenommen bleibe, im Wege der Auslegung die Bestimmung des § 762 BGB. auf gewisse Fälle des Darlehens zu Spielzwecken anzuwenden [14]). Es erscheint sonach dieser Einwand unbeachtlich.

Was den zweiten betrifft, so ist zu bemerken: Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält eine ausdrückliche Be-

---

[13]) Windscheid I S. 102; Regelsberger I S. 157; Dernburg, Pandekten I 1 S. 83.

[14]) Protokolle II S. 799; Bericht der Reichstagskommission S. 55.

stimmung über ein Handeln in Umgehung eines Gesetzes, über das „in fraudem legis agere", den „rechtsgeschäftlichen Schleichweg" nicht. Doch geht aus den Protokollen unzweifelhaft hervor, daß dieses Rechtsinstitut nicht fallen gelassen werden sollte. Die Protokolle erklären [15]), „die Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft als in fraudem legis vorgenommen nichtig sei, hänge ab von der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Tatbestands und der diesen Tatbestand erfassenden Norm". Auch Literatur und Rechtsprechung erkennen den Begriff des in fraudem legis agere allgemein an [16]). Insbesondere spricht auch das Reichsgericht von dem „allgemeinen Rechtsgedanken, daß die Umgehung des Gesetzes dem offenen Zuwiderhandeln gleichsteht" [17]). Es ist sonach ein Rechtsgeschäft, das zur Erzielung eines gesetzwidrigen praktischen Erfolges dient, ohne mit dem Wortlaute des Gesetzes in Widerspruch zu geraten, grundsätzlich nach der umgangenen Rechtsnorm zu beurteilen. Essentiell ist die Absicht der Parteien, mit dem Rechtsgeschäfte einen vom Gesetze bekämpften praktischen Erfolg zu erzielen [18]). Die Umgehung besteht darin, daß man bezweckt, auf Umwegen denselben materiellen Erfolg zu erreichen, den man auf geradem und unmittelbarem Wege nicht erreichen kann, weil dem das Gesetz entgegensteht [19]). Auch die hier angegriffene Entscheidung des OLG. Kiel nimmt ein agere in fraudem legis nur an, wenn durch die Hingabe des Darlehens eine Umgehung des § 762 BGB. bezweckt werde. Eine solche Absicht, ein solches Zweckbestreben des darlehenssuchenden und des darlehensgebenden Mitspielers ist nun einmal, wenn überhaupt vorhanden, schwer nachzuweisen. Zum andern aber wird diese Absicht in der Mehrzahl der Fälle garnicht vorliegen. Das Darlehen zum Weiterspielen wird in der Regel nicht deshalb gegeben werden, um den — künftigen — Spielverlust zu einer klagbaren Verbindlichkeit zu gestalten, sondern vielmehr deshalb, weil eben

---

[15]) Protokolle I S. 123.

[16]) Regelsberger S. 519. Dernburg, Bürg. Recht I S. 59; Crome I S. 419; Staudinger Bem. IVb zu § 117; Kohler in Jherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 144.

[17]) RGZ. Bd. 44 S. 108.

[18]) Regelsberger S. 519.

[19]) Endemann Bd. I S. 48.

das Spielen mit barem Gelde der Gewohnheit der Spieler entspricht. Es würde sonach, wenn man die Unklagbarkeit des unter Mitspielern gegebenen Darlehens zu Spielzwecken auf den allgemeinen für das agere in fraudem legis geltenden Rechtsgesetz stützen wollte, in jedem einzelnen Falle zu fragen sein, ob denn die Absicht der Parteien, einen der Rechtsregel des § 762 BGB. widerstreitenden Erfolg zu erzielen, vorlag oder nicht, und nur, wenn ein solcher Wille der Spieler anzunehmen ist, § 762 BGB. als die umgangene Rechtsnorm anzuwenden sein. Schon dieses unpraktische Ergebnis spricht dagegen, die Rechtsfigur des in fraudem legis agere anzuwenden, denn es würden bei einer solchen Anwendung die Fälle dem § 762 BGB. nicht unterfallen, bei denen die erwähnte Absicht der Vertragsparteien nicht vorliegt oder doch nicht nachweisbar ist. Daß aber auch diese Fälle des Darlehens zu Spielzwecken unklagbar bleiben, ist ein Ergebnis, das, mit Rücksicht auf die oben geschilderten wirtschaftlichen Gründe, die auch hier vorliegen, allein wünschenswert ist. Und noch aus einem anderem Grunde erscheint die Annahme eines in fraudem legis agere nicht nur als unpraktisch im Ergebnisse, sondern auch als begrifflich unmöglich. Denn eine Umgehung kann herrschender Ansicht gemäß [20]) nur bei Verbotsgesetzen stattfinden, deren Uebertretung Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge hat [21]). Die Vorschrift des § 762 BGB. ist nun aber weder als ein Verbotsgesetz anzusehen noch hat ihre Uebertretung Nichtigkeit zur Folge [22]). Aus diesem Grunde also ist hier ein agere in fraudem legis nicht möglich.

Bleibt es sonach bei dem Ergebnisse einer analogen Anwendung des § 762 BGB., so ergibt sich für eine solche auch noch eine gewisse theoretische Grundlage. Wir hatten oben gesehen, daß der Hauptgrund gegen eine analoge Anwendung des § 762 BGB. der war, daß es grundsätzlich gleichgültig sei, zu welchem Zwecke das dargeliehene Geld verwendet werde. Anders jedoch dann, wenn der Zweck, zu dem das Darlehen gegeben wird, als

---

[20]) Vgl. schon Motive zu § 80 des Sächs. Bürg. Gesetzb.: von einer Umgehung könne nur bei Verbotsgesetzen die Rede sein; es scheine überflüssig, dies besonders hervorzuheben. Ebenso Dernburg, Pandekten I. Bd. 1. Abt. S. 68; Regelsberger S. 519.

[21]) Protokolle I S. 123.

[22]) Oben § 3.

zum vereinbarten Inhalt des Rechtsgeschäfts gehörig anzusehen ist [23]). Dieser Fall liegt nun bei einem unter Mitspielern gegebenen Darlehen zu Spielzwecken vor. Wenn auch der darlehensgebende Mitspieler zumeist nicht ausdrücklich betonen wird, daß er das Geld nur zum Spiele gebe, so wird diese Zweckbestimmung doch regelmäßig den Umständen nach stillschweigend vereinbart sein. Der Spieler, der den Mitspieler um ein Darlehen bittet, wird diese Bitte in der Regel sogar ausdrücklich mit dem Hinweis auf das geplante Weiterspiel begründen. Und wenn auch die bezweckte Verwendung des Geldes nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, so wird eben doch aus dem übereinstimmenden Willen der beiden Vertragsschließenden sowie den Umständen, unter denen die Hingabe des Geldes erfolgte, zu folgern sein, daß dieses nur zum Zwecke des Spieles bezw. Weiterspieles gegeben werden sollte und daß es, wenn zu diesem Zwecke nicht verwendet, zurückgefordert werden könnte. Nehmen wir den Fall an, daß nach der Hingabe des Darlehens das Spiel aus irgend einem Grunde nicht zustande kommt. Vielleicht entsteht zwischen den Spielern unversehens ein Streit, oder der dritte Mitspieler weigert sich mitzuspielen, oder der Darlehensnehmer besinnt sich, nachdem er das Geld in Empfang genommen hat, plötzlich eines anderen und schickt sich an, das geliehene Geld in anderer, ihm genehmerer Weise zu verwenden. In diesen Fällen ist dann eben der mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten und der Darlehensgeber kann die Darlehenssumme vom Darlehennehmer sofort als ungerechtfertigte Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 BGB. zurückverlangen [24]). Es wäre ja auch ein unbefriedigendes Ergebnis, wollte man in derartigen Fällen den Darlehensgeber auf die Darlehensklage verweisen, der eine ein- bezw. dreimonatige Kündigungsfrist vorauszugehen hätte. Es gehört sonach beim Spieldarlehen unter Mitspielern die Zweckbestimmung des geliehenen Geldes zum Inhalte des Rechtsgeschäfts. Diesem wohnt sonach schon bei seinem

---

[23]) RGZ. 63 S. 179, 63, S. 346; OLGE. VIII S. 424.

[24]) Vgl. hierzu Motive II S. 842; Protokolle II S. 693; RGZ. 53, 237; 56, 320; OLGE. III S. 210; IV S. 237; Staudinger Bem. I d 3 zu § 812; Enneccerus I. Bd. 2. Abt. S. 577.

Abschlusse ein gewisses aleatorisches Moment inne. Auch diese Erwägung läßt eine analoge Anwendung des § 762 BGB. begründet erscheinen. —

Wir haben bisher nur den Fall behandelt, daß das Darlehen von einem Mitspieler gegeben und von diesem die Darlehenssumme sogleich wiedergewonnen wird. Es bleibt nun noch übrig die Erörterung der Frage, ob eine analoge Anwendung des § 762 BGB. auch dann stattzufinden hat, wenn der Darlehensgeber zwar ein Mitspieler, aber nicht derjenige ist, der die Darlehenssumme dem Darlehensnehmer wiederabgewinnt, und zum andern, wenn ein Dritter, am Spiele Unbeteiligter der Geber des Geldes ist.

Was den ersten Fall betrifft, so ist es für den verlierenden Teil naturgemäß gleichgültig, an welchen der Mitspieler, ob an den Darlehensgeber oder einen Andern, er das geliehene Geld verliert. Und doch treffen hier die wirtschaftlichen Gründe, die im zuerst behandelten Falle für die analoge Anwendung des § 762 BGB. sprechen, nicht zu. Denn in dem Falle, in dem der Darlehensgeber sein Geld wiedergewinnt, bleibt eben die wirtschaftliche Lage der beiden Mitspieler im Verhältnis zu einander die gleiche, wie sie vor der Hingabe des Darlehens, vor dem Spiele war, ein Ergebnis, das der Tendenz des § 762 BGB. entspricht. Anders jedoch, wenn der Gewinner ein anderer Mitspieler ist. Hier ist für eine analoge Anwendung des § 762 schon deshalb kein Raum, weil die beiden Vermögensverschiebungen — Hingabe des Geldes und Verlust der Darlehenssumme — nicht zwischen denselben beiden Personen stattfinden und sich dadurch wieder ausgleichen, sondern zwischen drei Rechtssubjekten. Die Gründe wirtschaftlicher Billigkeit liegen sonach hier nicht vor. Wollte man hier dem Darlehensgeber die Darlehensklage verweigern, so würde im wirtschaftlichen Erfolge er den Spielverlust des Darlehensnehmers zu tragen haben — ein Ergebnis, das ungerechtfertigt und unbillig wäre. Es ist sonach in diesem Falle eine analoge Anwendung des § 762 BGB. abzulehnen [25]).

Ebenso endlich ist der Fall zu behandeln, daß Darlehensgeber ein am Spiele unbeteiligter Dritter ist.

---

[25]) OLGE. VIII S. 83.

Auch hier sind die wirtschaftlichen Gründe, die für eine analoge Anwendung des § 762 BGB. sprechen, nicht vorhanden, würde doch auch hier bei einer solchen der Darlehensgeber im Endergebnisse den Spielverlust des Darlehensnehmers zu tragen haben. Und außerdem ist hier, wo ein am Spiele Unbeteiligter der Geber des Geldes ist, nicht anzunehmen, daß die Zweckbestimmung des Geldes als zum vereinbarten Vertragsinhalt gehörig anzusehen ist. Es fehlt sonach in diesem Falle der Darlehenshingabe jedes aleatorische Moment. Auch dies ist ein Grund, der gegen eine analoge Anwendung des § 762 BGB. spricht.

---

§ 5.

Einzelne Fälle der Nichtigkeit des zu Spielzwecken gewährten Darlehens wegen Verstoßes gegen die guten Sitten.

Wir haben oben [1]) gesehen, daß, ebenso wie das Spiel, auch das zu Spielzwecken gewährte Darlehen nicht prinzipiell als gegen die guten Sitten verstoßendes und deshalb nach § 138 BGB. nichtiges Rechtsgeschäft anzusehen ist, daß es vielmehr des Hinzutretens besonderer Umstände bedarf, um eine Nichtigkeit des Darlehens herbeizuführen. Eine solche Nichtigkeit wird hier im einzelnen Falle allerdings besonders häufig sein, da gerade beim Spiel sich oft die Leidenschaften erhitzen, unedle Motive, vor allem das des Egoismus, sich regen und unsaubere, betrügerische Elemente sich zahlreich unter den Spielern, vor allem den Glücksspielern finden.

Der Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten ist im Gesetze nicht definiert, es ist hier dem Ermessen des Richters ein weiter Spielraum gelassen. Nach Ansicht des Reichsgerichts ist ein Rechtsgeschäft dann als unsittlich anzusehen, wenn es „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" nicht entspricht [2]), wenn es „nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und

[1]) Oben § 3.
[2]) RGZ. 48 S. 124.

Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter, nach den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstößt" [3]). Es ist also vor allem auch auf die Absicht der Beteiligten beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts, insbesondere darauf Rücksicht zu nehmen, ob eine verwerfliche, zu mißbilligende Gesinnung das Motiv des einen oder anderen Kontrahenten ist [4]).

Allgemein wird eine Nichtigkeit des zu Spielzwecken gewährten Darlehens dann anzunehmen sein, wenn das Darlehen zu unverhältnismäßig hohen Zinsen oder sonstigen besonders schweren Bedingungen gegeben wird. Hier wird meist der Tatbestand des wucherischen Rechtsgeschäfts — § 138 Abs. 2 BGB. — vorliegen. Gerade beim Spiel ist, durch Ausnützung der Spielleidenschaft, der Boden für wucherische Rechtsgeschäfte besonders geebnet. Ebenso wird ein Verstoß gegen die guten Sitten oft dann gegeben sein, wenn um hohe Summen gespielt wird oder wenn der Darlehnsnehmer ein noch junger unerfahrener Mensch ist und die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß die Darlehenshingabe zum Zwecke der Ausbeutung des Darlehensnehmers erfolgte [5]).

Vor allem aber sind zwei allgemeine Gesichtspunkte maßgebend für die Frage einer eventuellen Unsittlichkeit des zu Spielzwecken gewährten Darlehens: einmal die Frage nach der Art des Spieles, zu dem das Darlehen gewährt wurde, und dann die Frage nach der Person des Darlehensgebers.

Was die Art des Spieles anlangt, so kommt vor allem der Unterschied zwischen Geschicklichkeits- (Kunst-) und Glücksspiel in Betracht. Unterscheidungsmerkmal ist hier der Faktor, der zum Erfolge führt. Bei dem Geschicklichkeitsspiele ist ausschlaggebend für die Entscheidung über Gewinn und Verlust, wie schon der Name sagt, die Geschicklichkeit des einzelnen Spielers, bei dem Glücksspiel dagegen entscheidet, entweder allein oder doch hauptsächlich, der Zufall, d. h. Momente, die außerhalb der menschlichen Einwirkung und Berechnung stehen [6]). —

---

[3]) RGZ. 63 S. 350.

[4]) Goldmann und Lilienthal S. 178; Kuhlenbeck Note 1 zu § 138.

[5]) RGZ. 70 S. 1 ff.

[6]) RGR.-Komm. Bem. 1 zu § 762; Binding S. 405; Olshausen Bem 2 a zu § 284; Frank Bem. II zu § 284; v. Liszt S. 489.

Wie schon bemerkt, ist nicht jedes Spiel, also auch nicht das Glücksspiel, als prinzipell unsittlich anzusehen, und ebensowenig auch ein zum Glücksspiel gewährtes Darlehen. Es fragt sich aber, ob nicht doch das Glücksspiel als relativ unsittlicher als das Geschicklichkeitsspiel anzusehen ist und ob nicht deshalb die zu einem Glücksspiel gewährten Darlehen eher als unsittlich zu bezeichnen sein werden als die zu einem Geschicklichkeitsspiel gegebenen. Hierbei ist zunächst zu beachten, daß beim reinen Glücksspiel die Gewinn- und Verlustchancen für jeden einzelnen Spieler a priori völlig gleiche sind, während beim Geschicklichkeitsspiele häufig der eine Spieler dem anderen überlegen ist und deshalb schon von vornherein mehr Aussicht haben wird, im Spiel zu gewinnen. Könnte man aus dieser Erwägung heraus vielleicht eher das Geschicklichkeitsspiel für unsittlicher als das Glücksspiel halten, so sprechen doch für das Gegenteil folgende gewichtige Gründe. Einmal sind die meisten Glücksspiele nicht derart reine Glücksspiele, daß nicht doch in gewisser Beziehung die menschliche Berechnung, insbesondere die Wahrscheinlichkeitsrechnung, Einfluß auf den Ausgang des Spieles haben könnte. Zum andern fehlt beim Glücksspiel jeder sittliche Zweck, während beim Geschicklichkeitsspiel, so bei Schach- oder Billard- oder Kegelspiel, die Parteien beabsichtigen, ihre geistigen oder körperlichen Kräfte zu messen. Beim Glücksspiele endlich ist das treibende Moment für den Spieler in der Regel lediglich die Sucht, zu gewinnen, während beim Geschicklichkeitsspiele meist der rein ideelle Erfolg, den Gegner geistig oder körperlich zu bezwingen, das Hauptziel des Spielers ist, der Geldgewinn aber die Nebensache. Damit hängt auch zusammen, daß, wie durch die Erfahrung bestätigt, beim Geschicklichkeitsspiele fast niemals um hohe Summen gespielt wird, während beim Glücksspiel oft sehr erhebliche Summen gewonnen und verloren werden. Aus letzterem Grunde vor allem kann das Glücksspiel so gefährlich und verderbenbringend, ja schicksalsvernichtend wirken. Es ist deshalb der Satz aufzustellen, daß das Glücksspiel eher die Tendenz zur Unsittlichkeit hat wie Geschicklichkeitsspiele, und daß Darlehen, die zum Glücksspiele gewährt werden, wenn auch nicht prinzipiell,

so doch viel eher und häufiger nach § 138 BGB. nichtig sein werden als die zum Geschicklichkeitsspiel gegebenen. Vor allem wird dies dann der Fall sein, wenn es sich um sehr hohe Summen handelt, der Geber ein Mitspieler ist und, was in diesem Falle meist anzunehmen, sein Motiv bei der Hingabe des Geldes der Wunsch und die Erwartung ist, das Geld dem Darlehensnehmer wiederabzugewinnen. Vor allem diese eigennützige, auf Ausbeutung gerichtete Förderung des Glücksspieles wird in der Regel eine Nichtigkeit der Darlehens bewirken [7]).

Als eine besonders gefährliche Art des Glücksspiels ist dasjenige bei einer Spielbank anzusehen. Einmal deshalb, weil diese in der Regel, von einigen, von den meisten Personen leicht zu erfüllenden Formulationen abgesehen, jedermann zugänglich sind und hier deshalb die Versuchung, ein Spiel zu riskieren, eine besonders große ist. Es kommt hinzu, daß diese Spielbanken, insbesondere, als die bekannteste und besuchteste, die von Monte-Carlo, schon wegen ihrer meist von der Natur bevorzugten Lage Sammelpunkte der Vergnügungsreisenden sind und daß deshalb oft auch Leute zum Spielen verleitet werden, die, ohne die sich ihnen beinahe aufdrängende Gelegenheit hierzu, niemals gespielt hätten. Gefährlich wirkt hier ferner, daß der Mindesteinsatz meist ein nicht ganz unerheblicher ist, sowie auch der durch die Erfahrung bestätigte Umstand, daß die Bank im Laufe der Zeit stets mit einem Gewinn abschließen wird. Aus diesen Gründen, die eine besondere Gefährlichkeit des Spielens bei einer Spielbank erkennen lassen, dürfte ein Darlehen, das mit Vorwissen des Gebers zum Spielen bei einer solchen Bank verwendet werden soll und auch verwendet wird, als grundsätzlich nichtig nach § 138 BGB. anzusehen sein [8]).

---

[7]) RGZ. 70 S. 1 ff; OLGE. V, S. 106; XVIII S. 35.

[8]) Anderer Ansicht RGZ. 67, S. 355 ff. Bemerkenswert in dieser Entscheidung ist folgender Gedankengang (S. 360): Die Frage, ob das Spiel an einer Spielbank für den Spieler gefährlicher oder für das allgemeine Wohl schädlicher sei als ein Spiel an anderer Stelle, insbesondere im geschlossenen Zirkel, müsse verneint werden; viel eher lasse sich das Gegenteil behaupten. Denn bei Spielbanken bestehe die Gefahr, daß ein am Spiele Beteiligter durch Verluste, die er erleidet, wirtschaftlich ruiniert oder doch in seinen Vermögensverhältnissen in schwerwiegender Weise zurückgebracht werde, immer nur für die eine Partei, den einzelnen Spieler; die Bank werde vermöge der ihr zu Gebote stehenden Mittel und zufolge der

Besondere Beachtung verdienen hier noch die verbotenen Spiele und die zu solchen gewährten Darlehen. Zunächst ist hier das „Falschspiel" zu nennen, das dann vorliegt, wenn einer der Spieler versucht, „corriger la fortune", d. h. unbemerkt von den anderen Mitspielern auf die über Gewinn und Verlust entscheidenden Faktoren in unzulässiger Weise derart einzuwirken, daß das Spiel zu seinen oder eines anderen Mitspielers Gunsten ausfällt. In diesem Falle liegt in der Verheimlichung der unzulässigen Einwirkung auf den Ausgang des Spieles die Vorspiegelung einer falschen beziehentlich die Unterdrückung einer wahren Tatsache, durch die der Täuschende die Mitspielenden in einen Irrtum über die Chancen des Spieles versetzte, der kausal für die Schädigung ihres Vermögens war. Das Falschspiel ist daher, da die Absicht des Falschspielers, sich oder einem Andern einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, stets vorliegen wird, als Betrug im Sinne von § 263 StGB. anzusehen [9]) Gemäß § 134 BGB. — „ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" — ist ein solches Spiel auch zivilrechtlich als nichtig anzusehen. Gibt nun der Falschspieler oder ein anderer, der von dem betrügerischen Spiele des einen Kenntnis hat, einem Mitspieler ein Darlehen zum Spiele,

---

für sie bestehenden Vergünstigungen nach der durch die Erfahrung bestätigten Wahrscheinlichkeitsrechnung auf die Dauer immer gewinnen. Dagegen bestehe zwischen einzelnen Personen, sobald um hohe Summen gespielt werde, die Gefahr, eine wesentliche Schädigung der Vermögenslage zu erleiden und den hiermit oft verbundenen sonstigen Nachteilen zu verfallen, vielfach für beide Teile in gleicher Weise, sodaß sich die Gefahren, die hohes Spiel mit sich bringen könne, verwirklichten, möge der eine oder der andere Spielteilnehmer verlieren. — Diese Beweisführung ist unhaltbar. Gewiß ist richtig, daß beim Spiele bei der Spielbank diese im Endergebnis stets gewinnen wird, sodaß die Gefahr des Verlustes immer nur der Gesamtheit der der Bank gegenüberstehenden Spieler droht. Allein, das ist ja gerade das Gefährliche der Spielbank, daß hier nicht mit gleichen Waffen gekämpft wird, daß die einzelnen Spieler in ihrer Gesamtheit stets die Verlustträger sein werden, daß die Ausbeutung hier geschäftsmäßig betrieben wird und sozusagen mit Naturnotwendigkeit eintritt! Schon die einfache Beobachtung, daß in Monte-Carlo schon Unzählige sich wegen erlittener Spielverluste das Leben genommen haben, hätte das Reichsgericht von der Ansicht abbringen müssen, das Spiel bei einer Spielbank sei ungefährlicher als ein sonstiges Glücksspiel.

[9]) Vgl. hierzu die interessante Entscheidung RGSt. 21. S. 107 f.

so ist auch dieses nach § 138 BGB. nichtig. Eventuell käme hier sogar in dem Falle, daß der Geber ein anderer als der Falschspieler ist, eine strafbare Beihilfe zum Betrug und somit eine Nichtigkeit des Darlehens auf Grund von § 134 BGB. in Betracht.

Des weiteren sind hier noch die Tatbestände der §§ 284, 285, 360 Z. 14 StGB. zu erwähnen.

Nach § 284 StGB. wird derjenige, der aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht, mit Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren bestraft. Schon daraus, daß in § 284 StGB. fakultativ die Nebenstrafe des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte angedroht ist, ergibt sich, daß das Gesetz das gewerbsmäßige Glücksspiel für etwas unsittliches, moralisch verwerfliches ansieht, eine Auffassung, die mit der allgemeinen Anschauung übereinstimmt [10]). Es sind deshalb alle mit einem gewerbsmäßigen Glücksspieler abgeschlossenen Spielverträge als unsittlich und daher nichtig anzusehen [11]). Gibt nun ein solcher gewerbsmäßiger Glücksspieler einem Andern ein Darlehen zu Spielzwecken, so gibt er es zu einem Spiele, das für ihn, den Geber, strafbar und unsittlich ist. Es ist daher auch ein solches Darlehen als gegen die guten Sitten verstoßend zu bezeichnen. Zweifelhafter ist der Fall, wenn ein Mitspieler oder ein am Spiele Unbeteiligter bei einem Spiele, bei dem ein gewerbsmäßiger Glücksspieler mitwirkt, einem Spieler in Kenntnis dieses Umstandes ein Darlehen zur Fortsetzung des Spieles gewährt. Wenn auch nicht verboten ist, daß sich jemand in ein Glücksspiel mit einer Person einläßt, von der er weiß, daß sie aus dem Spiele ein Gewerbe macht, der Darlehensnehmer mithin in diesem Falle einer Bestrafung nicht ausgesetzt ist, so war sich doch der Darleiher der durch die Mitwirkung eines gewerbsmäßigen Glückspielers besonders gefährlichen Natur des Spieles bewußt. Aus diesem Grunde ist daher auch ein solches Darlehen prinzipiell als nichtig anzusehen [12]). Anders ist die Sachlage dann zu beurteilen, wenn der Darlehensgeber von dem Umstande, daß ein gewerbsmäßiger Glücksspieler mitspielt, keine Kenntnis hatte. In diesem

---

[10]) RGZ. 67, S. 359.

[11]) Dreysel S. 42, Gompertz S. 24.

Falle verstößt die Hingabe des Darlehens, beim Fehlen anderer erschwerender Momente, nicht gegen die guten Sitten.

§ 285 StGB. bestimmt:

„Der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes, welcher Glücksspiele daselbst gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft."

Es ist also nur das Dulden von Glücksspielen an öffentlichen Versammlungsstätten verboten, nicht auch das Spielen an solchen Orten. Eine zivilrechtliche Nichtigkeit der Spielverträge auf Grund von § 134 BGB. ist daher nicht gegeben, und ebensowenig ist eine solche — wegen der mehr polizeirechtlichen Natur der Bestimmung des § 285 StGB. — wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB. anzunehmen [13]). Gibt nun jemand ein Darlehen zu einem Spiele, wegen dessen Duldung eine Bestrafung nach § 285 StGB. erfolgen kann, so ist dieses nicht als nichtig anzusehen [14]). Anders dann, wenn der Geber der Inhaber des öffentlichen Versammlungsortes ist. In diesem Falle fördert der Darleiher ein Spiel, dessen Duldung seine Bestrafung zur Folge hat. Für ihn liegt daher in der Darlehenshingabe ein Verstoß gegen die guten Sitten, und das Darlehen ist nichtig nach § 138 BGB. [15]).

§ 360 Z. 14 StGB. bedroht denjenigen mit Geld- oder Haftstrafe, der unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glückspiele hält. Wie schon aus dem Worte „unbefugt" hervorgeht, tritt eine Bestrafung nur dann ein, wenn die polizeiliche Genehmigung fehlt. Es liegt daher hier lediglich eine Ordnungsstrafe wegen nichteingeholter Genehmigung vor. Eine solche aber kann die zivilrechtliche Wirksamkeit des Spielvertrags nicht beeinträchtigen [16]), und aus demselben Grunde ist

---

[12]) Anderer Ansicht RGZ. 67, S. 361.

[13]) Enneccerus S. 521, Cosack S. 644, Dreysel S. 43, Gompertz S. 26.

[14]) And. Ans. Urteil des OLG. Posen v. 21. Dezember 1905 im „Recht" 1906, S, 374.

[15]) Vgl. OLGE. VI, S. 448, V, S. 106.

[16]) Staudinger Bem. IV zu § 762; Crome S. 832 Anm. 11.

auch ein Darlehen, das zu einem solchen Glücksspiele gewährt wird, nicht als unsittlich anzusehen, und zwar auch dann nicht, wenn derjenige der Geber ist, der nach § 360 Z. 14 StGB. gerichtlicher Strafe verfallen ist.

Dies ist, in großen Zügen dargestellt, der Einfluß, den die Art des Spieles auf zu Spielzwecken gewährte Darlehen und ihre eventuelle Unsittlichkeit ausübt. Außer der Art des Spieles ist aber noch ein anderes Moment von prinzipieller Bedeutung für die Frage, ob die Hingabe eines Darlehens gegen die guten Sitten verstößt: die Person des Darlehensgebers. In dieser Hinsicht ist vor allem wichtig, ob dieser ein Mitspieler oder ein am Spiele unbeteiligter Dritter ist. Ist ersteres der Fall und liegt ein Glücksspiel vor, so dürfte eine Nichtigkeit des Darlehens auf Grund von § 138 BGB. viel häufiger als in letzterem Falle gegeben sein, denn ist der Darleiher Teilnehmer des Spiels, mithin an dessen Ausgang unmittelbar interessiert, so wird in den meisten Fällen zu präsumieren sein, daß er das Darlehen in der eigennützigen Absicht gewährte, die Darlehensvaluta dem Darlehensnehmer wieder abzugewinnen. Eine solche Absicht wird vor allem immer dann vorliegen, wenn das Spiel um sehr hohe Summen geht. Auch wenn der Darleiher zwar am Spiele selbst nicht beteiligt ist, wohl aber daran, daß gespielt wird, oder am Ausgange des Spieles ein Interesse hat, das dem des Darleihers zuwiderläuft, dürfte oft in der Hingabe des Geldes ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken sein. So wenn etwa, was nicht selten geschieht, die Ehefrau eines Wirtes, der selbst mitspielt, einem Spieler Geld zur Ermöglichung des Weiterspielens vorstreckt, so auch, wenn — was in Berliner Spielsalons sehr üblich — von dem — nicht mitspielenden — Inhaber des — nicht öffentlichen — Versammlungsortes oder von dem Hausmeister desselben Darlehen an Spieler gegeben werden. Denn in diesen Fällen hat der Darleiher ein eigenes Interesse daran, daß möglichst viel und lange gespielt wird, da sein Verdienst sicht meist hiernach bemessen wird [17]). Ist dagegen der Geber ein am Spiele entweder überhaupt nicht oder doch nur zugunsten des Darlehensnehmers Interessierter, dann wird eine Nichtigkeit des Darlehens nur selten anzunehmen sein.

---

[17]) Vgl. OLGE. XVIII S. 35.

Fassen wir noch einmal zusammen, welche Momente für die Entscheidung darüber, ob ein zu Spielzwecken gewährtes Darlehen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist oder nicht, maßgebend sind, so ergibt sich: Wichtig ist vor allem, welche Art von Spiel, insbesondere ob etwa ein Glücksspiel, ein Spiel an einer Spielbank oder ein verbotenes Spiel gespielt wird, ferner, wer der Geber des Darlehens ist, ob es ein Mitspieler oder doch ein am Spiele Interessierter, oder ob es ein am Spiele gänzlich Unbeteiligter ist. In Frage kommt ferner, ob der Darlehensnehmer ein noch junger, unerfahrener und leichtsinniger Mensch ist oder nicht, sowie auch, ob die Einsätze niedrige oder verhältnismäßig hohe sind. Alle diese Momente können, einzeln oder in ihrem Zusammenwirken, eine Nichtigkeit des Darlehens auf Grund von § 138 BGB. herbeiführen.

Die Folge der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ist prinzipiell die, daß jeder Teil das Empfangene nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgewähren muß. Diese grundsätzliche Folge der Nichtigkeit wird aber beim Darlehen zu Spielzwecken mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 817 BGB. nie eintreten. Zwar gibt diese Bestimmung dem Leistenden ein Rückforderungsrecht dann, wenn der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoßen hat, und sie versagt einen solchen Rückgewährungsanspruch nur in dem Falle, daß auch dem Leistenden ein solcher Verstoß zur Last fällt. Beim Darlehen zu Spielzwecken wird nun niemals der Darlehensnehmer durch die Annahme des Geldes allein gegen die guten Sitten verstoßen. Denn die Nichtigkeit des Darlehens wird, wie des näheren ausgeführt, begründet sein entweder in objektiven Momenten — Art des Spieles usw. — oder in subjektiven, in der Person des Darlehensgebers begründeten. Der Verstoß gegen die Sitten wird deshalb entweder beiden Vertragsparteien zur Last fallen oder — und das wird der Regelfall sein — nur dem Darlehensgeber. In beiden Fällen aber ist das praktische Ergebnis das gleiche: die Rückforderung des Gewährten ist ausgeschlossen. Zwar ist diese Rechtsfolge hinsichtlich des letzterwähnten Falles im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, und es ist sehr bestritten, ob die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB. auch dann anzuwenden ist,

wenn nur dem Leistenden ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt. Nach der richtigen Ansicht aber muß auch in diesem Falle die Rückforderung des Gewährten ausgeschlossen sein [18]).

Diese Erwägungen führen notwendigerweise dazu, dem Darlehensgeber das Rückforderungsrecht auch dann zu versagen, wenn der Empfänger das geliehene Geld nicht verliert, sondern mit ihm gewinnt — eine Konsequenz freilich, die wenig befriedigt [19]).

[18]) So das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung; vgl. RGZ. 63 S. 354, 70 S. 4 ff, 78 S. 284. A. A. Staudinger Bem. 2 d zu § 817; Planck Bem. 4 zu § 817.

[19]) Vgl. OLGE. V S. 107.

§ 6.

Ergebnis.

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen lassen sich folgende Sätze aufstellen:

I. Ein Darlehen ist nicht schon deshalb nichtig (§ 138 BGB.), weil es zu einem Spiele bezw. zur Fortsetzung eines solchen gegeben und verwendet wird.

II. Doch sind derartige Darlehen im einzelnen Falle sehr häufig als, weil gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig anzusehen. Abgesehen von allgemeinen Nichtigkeitsgründen, wie Vereinbarung wucherischer Zinsen oder sonstiger harter Bedingungen, kommt Nichtigkeit vor allem in Frage aus Gründen, die liegen

A. in der Art des Spieles.

1. Bei Darlehen zu einem Glücksspiele wird Nichtigkeit viel eher und öfters anzunehmen sein als bei Geschicklichkeitsspielen; ebenso bei einem Spiele, bei dem um sehr hohe Summen gespielt wird.
2. Grundsätzlich nichtig sind:

a) Darlehen zum Spiele bei einer Spielbank,

b) Darlehen zu einem Falschspiele bei Kenntnis des Darlehensgebers von der Tatsache des Falschspielens.

c) Darlehen, das jemand zu einem Glücksspiele gibt, bei dem ein gewerbsmäßiger Glücksspieler mit spielt, wenn ihm dieser Umstand bekannt ist.

d) Darlehen, das jemand zu einem Spiele gibt, wegen dessen Duldung er sich gemäß § 285 StGB. strafbar macht;

oder

B. in der Person des Darlehensgebers. Hier kommt vor allem in Frage, ob Geber ein Mitspieler oder

ein am Spiele Unbeteiligter ist. In ersterem Falle wird eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten im einzelnen Falle viel eher gegeben sein als im zweiten. Im zweiten Falle wird eine Nichtigkeit oft dann anzunehmen sein, wenn der Darlehensgeber ein demjenigen des Darlehensnehmers entgegenstehendes Interesse am Spiele hat oder überhaupt ein Interesse daran, daß gespielt wird.

III. Die Vorschrift des § 762 BGB. ist analog auf den Fall anzuwenden, daß ein Mitspieler ein Darlehen zu Spielzwecken gewährt und ihm die Darlehnssumme sogleich wieder abgewinnt. Dagegen findet eine analoge Anwendung des § 762 BGB. nicht statt, wenn Geber des Geldes ein am Spiele Unbeteiligter ist oder wenn es zwar ein Mitspieler ist, das Geld aber nicht an ihn, sondern an einen andern Mitspieler verloren wird.